

**Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR)  
bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen**

**Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten**

15.07.2016

*Die Bundesnetzagentur erhält bei der Erfüllung ihrer Aufgaben fortlaufend wissenschaftliche Unterstützung durch den Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR). Der WAR berät die Bundesnetzagentur in voller Unabhängigkeit in allen Fragen der Regulierung. Im Folgenden nimmt der WAR zu Regulierungsherausforderungen vor dem Hintergrund der zunehmenden gesellschaftlichen und ökonomischen Bedeutung von OTT-Unternehmen Stellung.*

**I. Ausgangslage**

Bereits im vergangenen Jahr hat sich der WAR intensiv mit der Evolution der Regulierung in den Telekommunikations- und Mediensektoren angesichts der Zunahme der Relevanz von sogenannten Over-the-Top-(OTT)-Anbietern beschäftigt und dazu am 18. November 2015 eine Stellungnahme veröffentlicht. Prominente Beispiele für OTT-Dienste sind Suchmaschinen wie Google, Videoplattformen wie Youtube, soziale Kommunikationsnetze wie etwa Facebook und Twitter, Messaging-Plattformen wie etwa WhatsApp, (Video-)Telefoniedienste wie Skype und auch Cloudleistungen (WebServices). Die im November 2015 publizierte Stellungnahme befasste sich relativ allgemein sowohl mit OTT-Kommunikations- als auch mit OTT-Inhaltsdiensten. OTT-Kommunikationsdienste werden oft auch als „OTT-1“- bzw. „OTT-I“-Dienste, OTT-Inhaltsdienste hingegen als „OTT-2“- bzw. „OTT-II“-Dienste bezeichnet. Die Unterscheidung zwischen Kommunikations- und Inholdsdiensten ist, etwa bei Facebook oder Twitter, nicht immer ganz trennscharf zu leisten, da dieselbe Plattform oft ein Bündel von integrierten Diensten anbietet.

Zeitgleich mit der Publikation der Stellungnahme des WAR im November 2015 hat das VG Köln am 11.11.2015 (Az: 21 K 450/15) die Bundesnetzagentur in ihrer Auffassung bestätigt, dass E-Mail-Dienste auch in Form von Webmail-Diensten als Kommunikationsdienste im Sinne des TKG anzusehen sind. Zwar ist unklar, ob der ultimativ zur Einordnung dieser Dienste berufene EuGH die Einschätzung des VG Köln teilen würde. Schon jetzt stellen sich jedoch eine Fülle von regulatorischen Folgefragen für diese OTT-Kategorie, aber auch für weitere als Telekommunikationsdienste erfasste Angebote. Diese Fragen sind Gegenstand einer sehr intensiven und kontroversen Debatte in der

(Fach) Öffentlichkeit und werden letztlich ggf. vom EuGH de lege lata bzw. vom Gesetzgeber de lege ferenda zu entscheiden sein.

Die vorliegende Stellungnahme will diesen Diskussions- und Entscheidungsprozess unterstützen und befasst sich daher auch – im Gegensatz zu der im November 2015 vorgelegten Stellungnahme des WAR – ausschließlich mit OTT-Kommunikationsdiensten (OTT-I-Diensten). Dabei wird Stellung genommen zu der Frage, ob die geltenden Vorschriften im nationalen bzw. europäischen Telekommunikationsrecht auf diese Dienstekategorie passen und zu welchen Rechtsfolgen ihre Anwendung führen würde. Zugleich sollen angesichts der Kontroversen in der Rechtsprechung und Literatur Vorschläge für die Anpassung des Rechtsrahmens im Zuge des anstehenden Review des Unionsrechts entwickelt werden.

Allgemein stehen OTT-I-Dienste wie etwa Messaging-Dienste oder Internettelefoniedienste in einer Konkurrenzbeziehung zu klassischen Telekommunikationsdiensten wie SMS oder Sprachtelefonie. Im Gegensatz dazu stehen OTT-II-Dienste wie z.B. Suchdienste oder Social-Web-Angebote, wenn überhaupt, eher in einem komplementären Verhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten. Aus der Wettbewerbsperspektive ist daher von Relevanz, wie die rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen im Interesse eines Level Playing Field zwischen klassischen Telekommunikationsdiensten und OTT-I-Diensten de lege lata anzuwenden und de lege ferenda auszugestalten sind.

Von Bedeutung ist in diesem Kontext, dass klassische Telekommunikationsdienste und OTT-I-Dienste in der Regel auf unterschiedlichen Geschäftsmodellen beruhen. Während für klassische Telekommunikationsdienste in aller Regel ein monetäres Entgelt zu entrichten ist, entweder variabel oder als Paket (z.B. ein bestimmtes Datenvolumen) oder als Teil einer monatlichen Grundgebühr/Flatrate, sind OTT-I-Dienste für die Kundenseite – zumindest für ein Basisangebot – oftmals entgeltfrei. Dies impliziert gleichwohl nicht, dass diese kostenlos genutzt werden können. Vielmehr „zahlen“ die Nutzer, zumindest aus einer ökonomischen Perspektive, mit ihren Daten und/oder ihrer Aufmerksamkeit für mit den Diensten verbundene Werbung Dritter, unabhängig davon, wie dieses Austauschverhältnis aus juristischer Sicht bewertet wird. Die Daten wiederum werden von den Anbietern genutzt, z.B. um Werbung zielgerichtet platzieren und so besser vermarkten zu können. Aufgrund dieser meist grundätzlich unterschiedlichen Geschäftsmodelle ist die Frage nach einem Level Playing Field durchaus diffizil. Dies gilt vor allem, da aus Nutzersicht mit Daten – anders als mit Geld – mehrfach bezahlt werden kann. Daten sind, anders als finanzielle Ressourcen, regelmäßig auch nicht rivalisierend und nicht knapp, sodass die Frage nach einer möglichen Ausbeutung der Kunden und einer dadurch motivierten Regulierungsbedürftigkeit schwieriger zu beantworten ist. Vor diesem Hintergrund gibt die vorliegende Stellungnahme Hinweise zu einer möglichen Regulierungsnotwendigkeit.

Dazu ist zunächst näher zu klären, was genau von der Kategorie OTT-Kommunikationsdienste bzw. OTT-I-Dienste erfasst wird und wie diese von OTT-Inhaltsdiensten bzw. OTT-II-Diensten abzugrenzen sind (dazu II.). Die weitere Analyse erfolgt anhand der regulatorischen Struktur des TKG und startet daher mit Fragen der Marktregulierung (III.), um über Fragen des Kundenschutzes (IV.) und sodann des Datenschutzes (IV.) schließlich Aspekte der öffentlichen Sicherheit zu untersuchen (VI.). Anschließend lassen sich aus diesen Ausführungen Schlussfolgerungen ableiten (VII.).

Auf die wettbewerbsökonomische, aber auch Verbraucherschutzrechtliche Bedeutung von Daten im Rahmen der hier betrachteten OTT-Geschäftsmodelle wird in den Kapiteln, die sich mit Fragen der Marktregulierung und des Kundenschutzes befassen, eingegangen.

## **II. Unterscheidung zwischen OTT-Kommunikations- und OTT-Inhaltsdiensten**

Im OTT-Papier vom November 2015 wurde bereits aufgezeigt, wie die OTT-Kommunikationsdienste – bzw. OTT-I-Dienste – von den OTT-Inhaltsdiensten – bzw. OTT-II-Diensten – abzugrenzen sind. Diese Abgrenzung ist unter der Annahme, dass OTT-I-Dienste als Telekommunikationsdienste zu qualifizieren sind, von entscheidender Bedeutung. Die Unterscheidung von klassischen Telekommunikationsdiensten und OTT-I-Diensten, die auch klassische Telekommunikationsfunktionalitäten anbieten – etwa der Anruf über „Skype“ an einen klassischen Festnetzanschluss (von BEREC als „OTT-O“-Dienste bezeichnet) –, ist dann hingegen weniger entscheidend. Denn all diese Dienste (klassische Telekommunikationsdienste, OTT-O- und OTT-I-Dienste) werden grundsätzlich dem Telekommunikationsregime unterworfen, wobei die nachfolgend aufgezeigten Flexibilisierungsoptionen insbesondere auf der Rechtsfolgenseite zu beachten sind. Setzt sich jedoch die Gegenansicht durch, dass OTT-I-Dienste de lege lata keine Telekommunikationsdienste darstellen, wäre die Abgrenzung von klassischen Telekommunikationsdiensten und OTT-O-Diensten einerseits und OTT-I-Diensten andererseits entscheidend. Das macht zunächst deutlich, dass in jedem Fall eine regulatorische Trennlinie zu ziehen ist: Entweder mit dem VG Köln zwischen OTT-I- und OTT-II-Diensten oder mit der Gegenansicht zwischen klassischen Telekommunikationsdiensten und OTT-O-Diensten einerseits sowie OTT-I- und OTT-II-Diensten andererseits. Im künftigen regulatorischen Regime wird es sinnvoll sein, weitere Hinweise zur Einordnung der verschiedenen Dienste zu geben. Dabei ist einzuräumen, dass das potenzielle Feld der OTT-I-Dienste sehr weit reichend ist (Werden etwa auch Kommunikationen über die PlayStation erfasst?), sodass die Erfassung von OTT-I-Diensten die Notwendigkeit der Diskussion des möglichen Abbaus bzw. einer Flexibilisierung des telekommunikationsrechtlichen Rahmens erheblich verschärft.

Dabei spricht vieles dafür, vom Erfordernis der Signalübertragung als alleinigem Tatbestandsmerkmal für die Anwendbarkeit von telekommunikationsrechtlichen Regelungen auf OTT-I-Dienste abzurücken und stärker auf die Telekommunikationsfunktionalität eines Dienstes abzustellen und diesen von Inhaltsdiensten abzugrenzen. Angesichts der dynamischen Entwicklung dieser Dienste ist die Zweckmäßigkeit einer weiteren begrifflichen Ausdifferenzierung eher zweifelhaft, denn mit den Kategorien des Telekommunikationsdienstes ist ein kohärentes Dienstangebot in der Realwelt adressiert, das sich von Inhaltsdiensten hinreichend sicher unterscheiden lässt.

So lassen sich OTT-I-Dienste zwar, wie bereits im OTT-Papier vom November 2015 aufgezeigt, weiter klassifizieren in (Web-)Maildienste wie z.B. GMX, Web.de, Gmail, OTT-Instant-Messaging-Dienste (z.B. WhatsApp, Skype, iMessage) und OTT-Internettelefoniedienste (VoIP) bzw. Videotelefoniedienste wie z.B. Skype, Skype for Business, Viber, WhatsApp, FaceTime Calls. Aber eine Ausdifferenzierung des Regulierungsrahmens anhand dieser Unterkategorien ist keineswegs indiziert.

Gemeinsam ist den OTT-I-Diensten, dass sie kein inhaltliches Angebot aufweisen, sondern dass sie Individual- und Gruppenkommunikation in Form von Sprache, Bildern, Videos und sonstigen Daten unter Einsatz des „Internet Protocol“ (IP) ermöglichen. OTT-II-Dienste sind dagegen durch ein inhaltliches Element geprägt, auch wenn dieses äußerst heterogen ist und von Suchmaschinendiensten wie Google, Bing oder Yahoo über Streaming- und Video-on-Demand-Dienste bzw. -Plattformen (YouTube, iTunes, Netflix, maxdome, Watchever, Amazon Instant Video etc.) bis hin zu Informationsportalen wie Wikipedia, Homepages von (Tages)-Zeitungen, Mediatheken von Fernsehsendern reichen können. In dieser Dienstewelt ist die Homogenität wesentlich geringer, sodass ein einheitlicher Regulierungsrahmen für OTT-II-Dienste gegenwärtig nicht existiert und auch fraglich ist. Da damit zu rechnen ist, dass künftig OTT-I- und OTT-II-Dienste zunehmend gekoppelt werden – etwa durch Anbieter wie Facebook –, sollte der künftige Rechtsrahmen auch insoweit Hinweise enthalten. Grundsätzlich wird sich die Frage stellen, inwiefern die Dienste funktional getrennt und regulatorisch unterschiedlich behandelt werden können. Alternativ ist je nach überwiegendem Charakter des Dienstes eine Einordnung vorzunehmen. Gegenwärtig und auf mittlere Frist kann davon ausgegangen werden, dass die Unterscheidung zwischen OTT-I- und OTT-II-Diensten mit der Folge insoweit unterschiedlicher Regulierungsrahmen aufrechterhalten werden kann.

Im Folgenden werden ausschließlich OTT-I-Dienste betrachtet. Selbst wenn mit dem VG Köln grundsätzlich angenommen wird, dass OTT-I-Dienste Telekommunikations- bzw. elektronische Kommunikationsdienste darstellen (was letztlich der EuGH entscheiden muss), folgt daraus noch nicht ohne weiteres, dass die bestehenden Regelungen auf OTT-I-Dienste angewendet werden müssten oder auch nur unmodifiziert auf diese angewendet werden dürften. Vielmehr wäre die Frage der Regulierung sehr differenziert zu beantworten. Zunächst wären in diesem Fall zwar die Dienstangebote nach deutschem Recht jedenfalls entsprechend § 6 Abs. 1 TKG zu melden, und es würden sodann alle materiell-rechtlichen aber auch prozeduralen Normen potenziell anwendbar sein, einschließlich der Regelungen zur Datenerhebung im Tätigkeits- und Jahresbericht der Bundesnetzagentur gemäß den §§ 121 und 122 TKG. Doch ist einerseits zu berücksichtigen, dass ein Level Playing Field auch durch Deregulierung hergestellt werden kann und dass andererseits die Schutzausrichtung ebenso wie die daraus basierenden Anwendungsvoraussetzungen der Regulierungsinstrumente häufig schon angesichts der unterschiedlichen technischen Grundlagen und Geschäftsmodelle nicht ohne weiteres auf alle OTT-I-Dienste passen. Im Detail ist zudem eine Reihe sinnvoller Abschichtungen möglich bzw. erforderlich, u.a. auch danach, ob die Dienste öffentlich zugänglich sind, ob die Diensteanbieter marktbeherrschend sind etc. Dies wird in den nachfolgenden Abschnitten im Detail erläutert.

### **III. Fragen der Marktregulierung**

Der technische Fortschritt hat den Markteintritt zahlreicher neuer Anbieter ermöglicht, die mit Hilfe neuer digitaler Technologien in Konkurrenz zu bisherigen Telekommunikationsdiensten (im Englischen: Plain Old Telephone Services, POTS) treten. Die primäre Wirkung des Markteintritts von neuen OTT-Kommunikationsdiensten wie Skype, WhatsApp, etc. ist daher eine Intensivierung des Wettbewerbs mit entsprechenden Konsequenzen für die Nachfrage nach traditionellen Telekommunikationsdiensten. Kommunikative OTT-Dienste wie Internettelefonie (z.B. Skype) und Messaging Dienste

stellen zwar keine vollständigen Substitute zur „klassischen“ Sprachtelefonie und SMS dar, stehen aber dennoch in einer – wenn auch unvollständigen – Konkurrenzbeziehung zueinander. Daher üben diese auch einen indirekten Wettbewerbsdruck auf Vorleistungsmärkte klassischer Telekommunikationsdienste aus. Ggf. führen diese wettbewerbsintensivierenden Effekte zu sinkenden Preisen; gleichzeitig reduzieren sie tendenziell die etwaige Notwendigkeit einer Regulierung dieser Kommunikationsdienste.

Um die etwaige marktmachtabhängige Regulierungsbedürftigkeit eines Dienstes oder Anbieters im Bereich der elektronischen Kommunikation auf Basis des 3-Kriterien-Testes (§ 10 Abs. 2 S. 1 TKG) festzustellen, ist zunächst eine Abgrenzung des relevanten Marktes erforderlich. Anschließend ist dann zu analysieren, ob ein oder mehrere Anbieter ggf. über erhebliche Marktmacht verfügen, und zwar nicht nur temporär, sondern dauerhaft, sodass angemessene Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen sind. Die Abgrenzung des relevanten Marktes dient dazu, die relevanten Wettbewerbskräfte auf einem Markt zu ermitteln. Entscheidend für die Ermittlung der relevanten Wettbewerbskräfte ist die Frage, ob zwei oder mehrere Produkte oder Dienste für einen hinreichend großen Nutzerkreis relevante Alternativen darstellen, ob sie also aus Nutzersicht substituierbar sind. Für die Frage, ob zwei Dienste aus Nutzersicht Substitute darstellen, ist weder erforderlich, dass die Technologien ihrer Erstellung (also etwa die Übertragungstechnik) identisch sind, noch ist es notwendig, dass die Dienste im Rahmen desselben Geschäftsmodells erstellt werden. Für die Marktabgrenzung ist allein entscheidend, ob hinreichend viele Nutzer zwei Dienste als hinreichend enge Substitute betrachten.

Während für die regulatorische Behandlung eines Dienstes aktuell die Begriffsabgrenzung durchaus bedeutsam ist, spielt aus ökonomischer Sicht für die Frage der marktmachtabhängigen Marktregulierung die Marktabgrenzung die entscheidende Rolle. Dabei müssen Begriffsabgrenzungen, wie etwa die zwischen OTT-I- und OTT-II-Diensten oder die zwischen OTT-Diensten und klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten, keineswegs mit der Marktabgrenzung zusammenfallen. In vielen Fällen werden klassische Kommunikationsdienste und OTT-I-Dienste demselben relevanten Markt zuzuordnen sein. Auch OTT-I- und OTT-II-Dienste können zumindest teilweise demselben relevanten Markt zugerechnet werden, da eine exakte Einordnung einzelner Dienste entweder als OTT-I- oder als OTT-II-Dienst aufgrund des Angebots von Produktbündeln – so haben etwa viele OTT-II-Dienste auch eine Messaging-Funktion – nicht immer einfach ist. Aus ökonomischer Perspektive ist jedoch für die Frage einer etwaigen marktmachtabhängigen Regulierungsbedürftigkeit auch nicht die Begriffsabgrenzung bzw. die Einstufung eines bestimmten Dienstes in eine bestimmte Begriffskategorie entscheidend, sondern die Marktabgrenzung bzw. die Zuordnung zu einem relevanten Produktmarkt. Auslöser für eine etwaige Marktregulierung sollte daher aus ökonomischer Sicht die Marktmacht eines Anbieters sein, für deren Beurteilung die Marktabgrenzung relevant ist und nicht die telekommunikationsrechtliche Begriffsabgrenzung.

Für die Marktabgrenzung können Übertragungstechnologien und Geschäftsmodelle zwar eine gewisse Rolle spielen, insofern sie das Substitutionsverhalten der Nutzer beeinflussen, und unterschiedliche Übertragungstechnologien und unterschiedliche Geschäftsmodelle können im Einzelfall Hinweise auf eine begrenzte Substituierbarkeit geben. Jedoch sollten weder die Art der Signalübertragung noch das spezifische Geschäftsmodell allein eine unterschiedliche Marktregulierung begründen. Gegen ersteres

spricht schon der Grundsatz der Technologieneutralität, gegen weiteres der Umstand, dass auch die Geschäftsmodelle miteinander im Wettbewerb stehen. Maßgeblich für Differenzierungen in der Marktregulierung sind vielmehr die Marktabgrenzung aus Nutzersicht und die festgestellte Marktmacht.

OTT-I-Dienste werden sehr häufig unentgeltlich angeboten. Dieser Umstand steht, wie der Referentenentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des GWB in § 18 Abs. 2a zutreffend feststellt, der Annahme eines wettbewerbsrelevanten Marktes jedoch nicht entgegen. Der Erfolg der OTT-I-Dienste kann auf der Fähigkeit gründen, massenhaft strukturierte und unstrukturierte Daten zu sammeln, zu verknüpfen und auszuwerten, um auf Basis der so gewonnenen Informationen die eigenen Online-Leistungen zu verbessern und zusätzliche vor allem (zielgruppenspezifische) Dienste anzubieten. Auch wenn die Datensammlung bei sog. OTT-I-Diensten eine geringere Bedeutung hat als bei OTT-II-Diensten, können sie eine relevante Input-Ressource darstellen. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob der Besitz von Daten ein Faktor für die Marktmacht eines Unternehmens sein kann. Der Wertschöpfung ermöglichende Datenbesitz durch nur ein Unternehmen könnte zu einer Markteintrittsbarriere für andere Wettbewerber führen. Auch diese Überlegungen sind in § 18 Abs. 3a des Referentenentwurfs eines Neunten Gesetzes zur Änderung des GWB reflektiert, demzufolge der Zugang zu Daten bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auf mehrseitigen Märkten zu berücksichtigen ist.

Um die wettbewerbliche Bedeutung von Daten umfassend analysieren zu können, müssen die ökonomischen Grundeigenschaften von Daten berücksichtigt werden. Daten können, im Unterschied zu anderen Input-Faktoren, prinzipiell beliebig oft kopiert und genutzt werden. Daten besitzen somit die ökonomische Eigenschaft der Nicht-Rivalität im Konsum; mehrere Unternehmen können prinzipiell gleichzeitig die gleichen Daten nutzen, ohne dass dadurch die Nutzung durch andere reduziert oder sogar ausgeschlossen werden müsste. Allerdings können faktisch durchaus Nutzer von der Verwendung von Daten ausgeschlossen werden; die exklusive Nutzung gesammelter Daten durch nur ein Unternehmen ist praktisch möglich. Im Regelfall stehen die durch OTT-I-Anbieter erhobenen Daten anderen Nutzern zumindest auch nicht direkt zur Verfügung.

Um einen signifikanten Zusammenhang zwischen Marktmacht und der Nutzung von Daten bzw. ihrer wertschöpfenden Informationen herzuleiten, ist die entscheidende Bedeutung dieser Datennutzung bzw. auch wertschöpfende Verwertung der Informationen für die Marktposition des Unternehmens herauszuarbeiten. Dazu muss bspw. belegt werden, dass anderen Unternehmen aufgrund der Nicht-Verfügbarkeit dieser datenbasierten Informationspools ein erfolgreicher Marktzutritt nicht möglich ist. Auch muss in diesem Zusammenhang nachgewiesen werden, dass die Qualität des OTT-Kommunikationsdienstes aufgrund der hohen Datenverfügbarkeit so überragend ist, dass andere Anbieter ein vergleichbares Produkt nicht anbieten können. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass nicht vorrangig das ständige Zugreifen auf den umfangreichen Datenbestand die Attraktivität und Qualität des Dienstes ausmachen, sondern etwa die Kombination aus Produktidee und -design, Algorithmus und Rechnerkapazitäten. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht möglich, Marktmacht allein auf die Verfügbarkeit massenhaft generierter Daten zu reduzieren. Die Bedeutung der Daten ist immer vom jeweiligen Geschäftsmodell abhängig. Von daher muss bei der wettbewerblichen Bewer-

tung von OTT-Kommunikations-Diensteanbietern, deren Geschäftsmodell auch datenbasierte Wertschöpfung umfasst, die Bedeutung der Datennutzung für die Wettbewerbsposition dieses Anbieters gemeinsam mit anderen „klassischen“ Marktanalyseparametern wie Marktzutrittschürden, Berücksichtigung von Skaleneffekten sowie Netzwerkeffekten etc. umfassend analysiert werden. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Referentenentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des GWB § 18 GWB um einen Abs. 3a ergänzt, der beispielhafte Kriterien zur Erfassung der Marktstellung eines Unternehmens auf mehrseitigen Märkten aufführt:

„(3a) Bei Vorliegen von mehrseitigen Märkten und von Netzwerkeffekten sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zudem in besonderer Weise zu berücksichtigen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.“

Anzumerken ist des Weiteren, dass aktuell auch die klassischen Kommunikationsdienste, zu welchen neue OTT-I-Dienste in Konkurrenz treten, zumindest in Deutschland keiner marktmachtabhängigen Regulierung unterliegen. Dies gilt sowohl für Sprachtelefoniedienste als auch für SMS-Dienste. Einer marktmachtabhängigen Regulierung unterliegen stattdessen vor allem Zugangs- und Terminierungsprodukte. Gerade bei der Terminierung mag sich ggf. sogar ein Deregulierungspotenzial ergeben, solange ein wettbewerblicher Zugang zum Internet und damit zu OTT-I-Diensten sichergestellt ist. Pauschal ist dies nicht jedoch zu beurteilen, vielmehr hängt dies immer vom Einzelfall ab, für dessen Beurteilung eben das tatsächliche Substitutionsverhalten der Nutzer zentral ist. Ob, wie traditionell, eine Any-to-Any-Kommunikation wünschenswert erscheint, sollte in diesem Zusammenhang ebenfalls hinterfragt werden, da die allermeisten Nutzer von OTT-I-Diensten Multihoming betreiben. Wie oben erwähnt, soll daher dem Referentenentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des GWB zufolge die parallele Nutzung mehrerer Dienste auch ein Element bei der Bewertung der Marktstellung von Unternehmen in diesen Bereichen sein.

Schon im WAR-Papier 2015 wurde im Übrigen darauf hingewiesen, dass eine *asymmetrische Regulierung marktbeherrschender Stellungen bei OTT-I-Diensten* auch deshalb schon grundsätzlich nicht angezeigt ist, weil entsprechende Märkte in der Märktempfehlung 2014 der EU-Kommission nicht erwähnt werden. Hier müsste also zunächst ein entsprechender Markt definiert werden, um eine etwaige Marktregulierung auszulösen.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob OTT-I-Diensteanbieter nicht ggf. der symmetrischen, also *marktmachtunabhängigen Zugangsregulierung nach § 18 TKG* unterfallen können. Während der deutsche Wortlaut mit dem Abstellen auf einen „Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze“ als Regulierungsadressaten dagegen spricht, ist die Fassung des Regulierungsadressaten in Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie ggf. weiter („Unternehmen, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren“). Damit wäre es bei einer richtlinienkonformen Auslegung womöglich zulässig, den Anbietern von „OTT-I“-Diensten Verpflichtungen zur Zusammenschaltung bzw. interoperablen Ausgestaltung ihrer Dienste aufzuerlegen, um so den End-zu-End-Verbund der Teil-

nehmer zu gewährleisten. Im Einzelnen ist dies allerdings de lege lata umstritten. Auch wenn dies prinzipiell denkbar ist, stellt sich gleichwohl die Frage, ob es auch sinnvoll ist. So können mehrere OTT-Plattformen durch die Nutzer (also etwa WhatsApp und Viber) unproblematisch parallel verwendet werden („Multihoming“), was bei klassischen Telekommunikationsdiensten zumindest derzeit nicht der Fall ist. Allerdings sind diese Instant-Messaging-Dienste, anders als E-Mail-Dienste, nicht interoperabel. Das ist aus Verbraucher- und Datenschutzsicht durchaus relevant, auch wenn daraus nicht unter marktregulatorischen Gesichtspunkten die Notwendigkeit einer Interoperabilitätsverpflichtung abgeleitet werden kann. Aus Kundensicht bedeutet die mangelnde Interoperabilität, dass die Erreichbarkeit der Nutzer eines Instant-Messaging-Dienstes über genau diesen Kommunikationskanal nur dann gegeben ist, wenn man zugleich selbst Nutzer eben jenes Dienstes wird und dafür die Nutzungsbedingungen akzeptiert. Das hat auch wiederum Konsequenzen für den Datenschutz (dazu unten V.4.). Gleichwohl ist regelmäßig eine Erreichbarkeit des betreffenden Nutzers über andere Kommunikationskanäle möglich, da das Multi-Homing unter Nutzern die Regel und nicht die Ausnahme ist. Ist etwa ein Nutzer A des Instant-Messaging-Dienstes X zugleich Nutzer von Instant-Messaging-Dienst Y und Z sowie SMS, so mag ein anderer Nutzer B, der nicht Instant-Messaging-Dienst X nutzt, Nutzer A dennoch über Instant-Messaging-Dienst Y und Z sowie SMS erreichen. Die Notwendigkeit, ebenfalls Instant-Messaging-Dienst X zu nutzen, ist daher erheblich reduziert. Aus Verbrauchersicht stellt sich zudem die Frage, ob und unter welchen Bedingungen Nutzer es als wünschenswert erachten, von außerhalb geschlossener Netzwerke in diesen Netzwerken kontaktiert zu werden. Ob ein OTT-I-Anbieter als „Unternehmen, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren,“ nach Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a Zugangsrichtlinie eingestuft werden kann, wenn Nutzer faktisch Multi-Homing betreiben oder zumindest einfach betreiben können, ist ebenfalls klärungsbedürftig.

Wichtig ist es, in diesem Kontext zu berücksichtigen, dass OTT-I-Dienste oftmals neue Produkte sind, die sich gerade durch eine ausgeprägte Produktdifferenzierung auszeichnen. Während traditionelle Telekommunikationsdienste wie Sprachtelefonie und SMS durch eine hohe Produkthomogenität gekennzeichnet sind, sind OTT-I-Dienste häufig stark differenziert. Die Produktdifferenzierung ist geradezu ein Treiber des Wettbewerbs. Eine ggf. regulatorisch erzwungene Zusammenschaltung von OTT-I-Diensten kann hier wettbewerbsdämpfend wirken. Da das Geschäftsmodell vieler OTT-I-Dienste auf einer Werbefinanzierung beruht, ist es für diese Modelle zentral, dass die Nutzer die entsprechenden Applikationen nutzen (z. B. indem sie diese auf ihren Endgeräten installieren). Sofern sich Nutzer der Werbung entziehen, sind die Geschäftsmodelle nicht tragfähig. Ähnlich wie Inhalte-Anbieter teilweise Nutzer mit Adblockern von der unentgeltlichen Nutzung ihrer Inhalte ausschließen bzw. von diesen dann ein monetäres Entgelt fordern, dürften OTT-I-Anbieter wenig Interesse daran haben, unentgeltliche Leistungen für Außenstehende zu erbringen, die die entsprechenden Applikationen nicht nutzen wollen. Genau dies würde jedoch durch eine erzwungene Interoperabilität geschehen. Letztlich wäre zu befürchten, dass die unentgeltlichen Dienste so wieder vom Markt verdrängt würden. Es ist zweifelhaft, ob dies im Sinne einer Mehrheit der Nutzer wäre. Daher sollte auch bei der Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen eine behutsame Vorgehensweise gewählt werden. Aktuell ist die Notwendigkeit einer regulatori-



schen Verpflichtung zur Zusammenschaltung bzw. Interoperabilität von OTT-I-Diensten nicht gegeben.

#### IV. Probleme des Kundenschutzes

Der zweite große Bereich der Regulierung, nämlich der *Kundenschutz* in den §§ 43a ff. TKG (Art. 10 ff. UniversaldienstRL 2002/22 in der Fassung der RL 2009/136), ist für die OTT-I-Anbieter im Vergleich zu klassischen Telekommunikationsdiensten regelmäßig weniger relevant. OTT-Dienste standen im Zeitpunkt der Beratung des Gesetzes nicht im Fokus des Gesetzgebers. Die Kundenschutzregelungen des TKG sind erkennbar auf klassische, auf der Bereitstellung eines Netzanschlusses basierende Telekommunikationsdienste ausgerichtet. OTT-I-Dienste im Sinne von VoIP oder Video-Telefonie (z.B. Skype), Messaging-Diensten (z.B. WhatsApp) und E-Mail-Dienste (z.B. Gmail) unterscheiden sich von diesen klassischen Telekommunikationsdiensten mit Blick auf den Kundenschutz insbesondere in drei Aspekten:

*Erstens* werden OTT-Dienste nicht über eigenständige physische Anschlüsse, sondern über das Internet erbracht. Ist der Kunde aufgrund eines Vertrages mit einem DSL-, Kabel- oder Mobilfunkanbieter mit dem Internet verbunden, bedarf es grds. keiner besonderen Hardwareanschlüsse oder Zusatzgeräte. Kundenschutzregelungen, welche den *Anschluss an öffentliche Telekommunikationsnetze betreffen* (z.B. § 45d Abs. 2 TKG/Art. 10 Abs. 2 UniversaldienstRL) sind daher für OTT-I-Dienste offensichtlich irrelevant.

*Zweitens* sind OTT-I-Dienste in aller Regel nicht-exklusiv. Ein Multi-Homing ist, wie bereits ausgeführt, problemlos möglich, während ein paralleler Betrieb zweier Festnetz- oder DSL-Anschlüsse konkurrierender Anbieter aus technischen Gründen ausscheidet. Kundenschutzvorschriften, die einen *Anbieterwechsel* erleichtern sollen (namentlich § 46 Abs. 1 und 2 TKG/Art. 30 Abs. 4 UA 2 und 3 UniversaldienstRL) sind daher ebenfalls ohne Bedeutung für OTT-I-Sachverhalte. Verträge mit OTT-I-Diensten weisen in der Regel auch keine feste Vertragslaufzeit auf. Und selbst wenn sie eine solche hätten, wäre dies aufgrund der für sie typischen Unentgeltlichkeit und der Möglichkeit des Multi-Homing (anders als bei klassischen Telekommunikationsdienstleistungen, vgl. § 43b TKG/Art. 30 Abs. 5 UniversaldienstRL) unproblematisch.

Nicht ganz so eindeutig ist die Situation mit Blick auf die durch § 46 Abs. 3 und 4 TKG/Art. 30 Abs. 1 bis 4 UniversaldienstRL sichergestellte *Rufnummernportabilität*. Die Portabilität wird durch diese Normen gewährleistet, „um den Anbieterwechsel zu gewährleisten“. Unbeschadet der Frage, ob die Nutzeridentifizierung unmittelbar oder mittelbar aufgrund einer Rufnummer oder eines potentiellen Äquivalents (etwa einer E-Mail-Adresse) erfolgt, ist hier die grundsätzliche Frage aufgeworfen, ob eine Portabilität überhaupt erforderlich ist, da der „Wechsel“ zu einem neuen Anbieter, anders als bei klassischen Telekommunikationsdiensten, keine Beendigung der Geschäftsbeziehungen zum bisherigen Dienstleister erfordert. Der Nutzer kann den bisherigen Dienst parallel weiter nutzen und bleibt daher auch unter der bisherigen Rufnummer erreichbar. Dessen unbeschadet erscheint eine differenzierte Betrachtung geboten, die maßgeblich am jeweiligen OTT-I-Dienst ansetzt.

- Die Portabilität einer E-Mail-Adresse (z.B. „MaxMusterman@gmail.com“) erscheint nicht erforderlich, zumal dies mit Blick auf den Domain-Namen zu Ein-

griffen in die Rechte von Anbietern und zu einer Irreführung über den verwendeten Dienst bei Dritten führen könnte. Um den Wechsel zu einem Anbieter zu erleichtern, ist aber eine Regelung erwägenswert, nach welcher der Anbieter eines solchen Dienstes eine zeitlich befristete automatische Weiterleitung von E-Mails an die neue Adresse ermöglichen muss. Dies ist insbesondere bei E-Mail-Adressen relevant, die im Bündel mit anderen TK-Diensten bereitgestellt werden (etwa „MaxMusterman@t-online.de“ oder „Max.Mustermann@netcologne.de“), während reine OTT-Dienste wie Gmail oder Web.de eine solche Weiterleitung bereits heute problemlos und kostenfrei gewährleisten.

- Eine Vorschrift über die Portierung anderer Daten (z.B. des Inhalts des E-Mailverkehrs und von Adressbüchern), wie es z.B. Art. L. 121-120 ff. des französischen Verbrauchergesetzbuchs in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes über die digitale Republik vorsieht, erscheint – abgesehen davon, dass sie als inhaltsbezogene Regelung nicht im TKG, sondern eher im TMG zu verorten wäre – auch in der Sache überflüssig, da es schon heute jedem Nutzer ohne weiteres möglich ist, durch Nutzung eines beliebigen E-Mail-Programms (z.B. Outlook) eine lokale Kopie dieser Daten selbst herzustellen. Anders sieht es derzeit allerdings noch bei manchen Messaging-Diensten wie WhatsApp aus. Aber auch insoweit besteht mit Blick darauf, dass Art. 20 der 2018 in Kraft tretenden EU-Datenschutzgrundverordnung 2016/679 (DSGVO) eine umfassende europäische Portierungsregelung vorsieht, kein zusätzlicher nationaler Regelungsbedarf.
- Das Portieren eines Nutzernamens (etwa „MaxMustermann“ bei Skype) scheidet schon deshalb aus, weil solche Namen (anders als Rufnummern) nicht anbieterübergreifend exklusiv sind. Daher steht es dem Nutzer einerseits frei, denselben Nutzernamen bei einem anderen Anbieter zu verwenden, soweit dieser Name dort noch frei ist. Andererseits ist es ggf. nicht möglich, den bisherigen Nutzernamen dorthin zu portieren, wenn er bei dem neuen Anbieter bereits einem anderen Nutzer zugewiesen ist. Eine gesetzliche Regelung zur Portierung von Nutzernamen wäre in beiden Fällen sinnlos.
- Werden die Nutzer durch einen OTT-I-Dienst aufgrund einer klassischen Rufnummer identifiziert, wie dies z.B. bei WhatsApp zwingend und bei Threema oder Apple Facetime fakultativ der Fall ist, so ist weiter zu differenzieren: Erfolgt die Identifizierung lediglich mittelbar anhand der Rufnummer (wie bei WhatsApp), so ist eine Portierung der Rufnummer nicht erforderlich. Es ist dem Nutzer unbenommen, dieselbe Rufnummer für die Identifizierung bei einem anderen (anstelle oder parallel zu dem alten) OTT-I-Dienst einzusetzen. Ganz abgesehen davon, dass WhatsApp keine Verfügungsbefugnis über diese Rufnummer zusteht.

*Drittens* unterscheiden sich OTT-I-Dienste von klassischen Telekommunikationsdiensten vor allem dadurch, dass sie weitgehend auf eine Erhebung von monetären Entgelten verzichten. Daher treten jedenfalls keine klassischen entgeltbezogenen Missbrauchs- bzw. Kundenschutzprobleme auf, sodass auch die *entgeltbezogenen Schutzvorschriften* in der Regel nicht oder nur in modifizierter Form zur Anwendung kommen könnten.

Eine Aufzeichnung der Verbindungsdaten, die ohnehin datenschutzrechtlich problematisch ist, erübrigt sich hier. Der Kunde benötigt in aller Regel weder einen Einzelverbin-

dungsnachweis, um die Angemessenheit einer Rechnung zu überprüfen (§ 45e TKG/Art. 10 Abs. 2 und Anhang I Teil A a UniversaldienstRL), noch bedarf es einer Prepaid-Regelung (§ 45f TKG/Art. 10 Abs. 2 und Anhang I Teil A c UniversaldienstRL), und auch die anderen Rechnungslegungsvorschriften des TKG, die auf monetäre Entgelte zugeschnitten sind (§§ 45g ff. TKG), passen nicht für OTT-I-Dienste.

Anderes gilt wiederum nur, wenn, wie z.B. bei Skype-Anrufen in das öffentliche Telefonnetz, Verbindungsentgelte berechnet werden, die Kontrollmöglichkeiten der Nutzer entsprechend den für klassische Telefonedienste bestehenden Regelungen erforderlich machen.

Allerdings stellen sich im Kontext der OTT-I-Dienste *neue Probleme*, die sich daraus ergeben, dass diese Dienste, wie bereits einleitend dargestellt wurde, zwar regelmäßig nicht gegen ein monetäres Entgelt, deshalb aber nicht notwendig „kostenfrei“ angeboten werden, weil die Nutzer als Gegenleistung Daten zur Verfügung stellen müssen. Dies wirft die Anschlussfrage auf, ob in Parallele zu den auf Geldzahlungen bezogenen Kundenschutzregelungen in §§ 45e ff TKG *datenbezogene Regelungen* erforderlich sind.

In diesem Kontext ist eine Abgrenzung zum Datenschutzrecht vorzunehmen. Während es dort um den grundrechtlich gebotenen Ausgleich der geschäftlichen Interessen der OTT-I-Anbieter mit dem Schutz personenbezogener Daten vor einer unbefugten Erhebung und Verwertung geht, steht im Fokus der herkömmlichen Kundenschutzregelungen die Verhinderung der finanziellen Ausbeutung der Kunden.

Regelungen zur *Verbesserung der Transparenz* erscheinen grundsätzlich sinnvoll, weil es trotz der intensiven Diskussionen der letzten Jahre immer noch Kunden gibt, denen nicht bewusst ist, dass sie für (scheinbar) kostenfreie OTT-I-Dienste eine Gegenleistung in Form der Preisgabe ihrer personenbezogenen Daten erbringen. Ob eine solche Regelung allerdings in sektorspezifischen Kundenschutzbestimmungen verankert werden sollte, erscheint zweifelhaft. Die kommerzielle Erhebung und Verwertung von Daten i.S.v. „Big Data“ wird zwar insbesondere im Kontext von OTT-I-Diensten diskutiert. Sie spielt aber auch in vielen anderen Branchen (besonders deutlich in der Bank- und Versicherungswirtschaft, aber auch im Einzelhandel mittels Kundenkarten) eine zunehmende Rolle. Sonderregelungen sollten daher allenfalls getroffen werden, soweit diesbezügliche Schutzregelungen im allgemeinen Daten- oder Verbraucherschutzrecht fehlen bzw. nicht ausreichen. Von Interesse ist in diesem Kontext, inwieweit Instrumente des traditionellen Kundenschutzrechts zur Verbesserung der Transparenz (§§ 45g ff. TKG/Art. 10 ff. UniversaldienstRL) bereits im geltenden TK-Datenschutzrecht ggf. in einer funktional äquivalenten Form existieren oder künftig dort vorzusehen sind. Hierauf ist im folgenden Abschnitt näher einzugehen.

In diesen Zusammenhang gehört auch die komplexe Frage nach dem passenden systematischen Standort von Regelungen zur *Verhinderung der Ausbeutung von Kunden* durch eine übermäßige Erhebung oder Verwertung von Daten. Hierbei handelt es sich um ein klassisches Problem des Datenschutzes. Eine darüber hinausgehende Regulierung zum Schutz der Kunden vor ökonomischer Ausbeutung würde voraussetzen, dass ein Marktversagen festgestellt wird, das nicht durch Anwendung des Datenschutzrechts oder anderer allgemeiner Gesetze (einschließlich des Kartellrechts) abgestellt werden kann. Ein solches Marktversagen wird zwar in der öffentlichen und politischen Diskussion biswei-

len behauptet, doch steht ein entsprechender Nachweis aus, sodass sich der Gesetzgeber auf seine keineswegs unbegrenzte Einschätzungsprärogative in unsicheren Entscheidungssituationen berufen müsste. Insoweit fehlt es derzeit noch an ökonomischer und rechtlicher Grundlagenforschung. Diese müsste u.a. nachfolgende Aspekte klären:

- Bei genauerer Betrachtung erweist sich bereits der Datenbegriff als überaus vielschichtig und unklar. Es gibt z.B. Bestands-, Verkehrs- und Nutzerdaten, personenbezogene und nicht personenbezogene Daten, individualisierte, pseudonymisierte oder anonymisierte Daten, mehr oder weniger wertvolle, junge oder alte Daten, Daten, die freiwillig vom Nutzer geliefert werden, z.B. bei seiner Registrierung für einen bestimmten Dienst oder der Erstellung eines eigenen Profils, und solche, die – wie z.B. Bewegungsprofile – in erster Linie von den Dienstleistern selbst erstellt werden - z.B. mittels Internet-Logs, Cookies etc. (vgl. hierzu Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 74 ff.). Bei der Frage des Ausbeutungsmissbrauchs wird es nahezu immer um personenbezogene Daten gehen.
- Auch insoweit ist allerdings noch weitgehend ungeklärt, wem diese Daten (zu welchem Teil) „gehören“. In Betracht kommt insoweit nicht nur der Kunde, über den ein Datum Auskunft gibt und der deshalb Schutzsubjekt des Datenschutzrechts ist. Verfügungsbefugt über Daten i.S.d. § 202a StGB (Ausspähen von Daten) ist dagegen z.B. regelmäßig derjenige, der die Daten gespeichert hat oder auf dessen Veranlassung die Speicherung erfolgt ist. Schließlich spricht aus ökonomischer Sicht einiges dafür, den Wert zumindest teilweise demjenigen zuzuweisen, der aus den Rohdaten durch Verknüpfung mit anderen Daten und Datenverarbeitung kommerziell wertvolle Erkenntnisse gewinnt.
- Weiterhin ist unklar, wie der Wert einzelner Daten gemessen werden kann, welches die wertbildenden Faktoren sind und wie Buch über die von den Kunden durch Preisgabe ihrer Daten geschaffenen Werte geführt werden kann, ohne diese einer dem Datenschutzrecht widersprechenden „Totalüberwachung“ auszusetzen. Dies gilt umso mehr als Daten grds. nicht-exklusiv sind und sich durch ihre Verwendung nicht verbrauchen und daher – anders als Geld – mehrfach zu Zahlung eingesetzt werden können.
- Schließlich ist unklar, wie der Wert von OTT-I-Diensten gemessen werden kann und ob der Kunde dementsprechend eine zu geringe Gegenleistung erhält. So gibt es oftmals keine kostenpflichtigen Alternativen zu OTT-I-Diensten und auch dort, wo solche Alternativen existieren, entscheiden sich die Kunden in aller Regel für die werbe- und damit datenbasierte Variante. Dies zeigt z.B. auch die Verdrängung von SMS durch WhatsApp jedenfalls in Deutschland. Mit Blick auf den Wert der OTT-I-Dienste beim (z.B. an den Werbeeinnahmen orientierten) Wertschöpfungspotential anzusetzen, erscheint zwar im ersten Zugriff denkbar, beantwortet aber nicht die letztlich entscheidende Frage, welcher Anteil an diesem Wertschöpfungspotential den Kunden zusteht. Jedenfalls dann, wenn die Kunden sich der Werthaltigkeit ihrer Daten bewusst sind, könnte man in der Bereitstellung dieser Daten für die Nutzung des Dienstes eine Preisbildung über den Markt sehen, die einer Ausbeutung vorbeugt, ohne dass es dafür regulatorischer Eingriffe (oder auch nur der genauen Bestimmung des Wertes von Leistung und Gegenleistung) bedürfte.

Vor diesem Hintergrund erscheint in Bezug auf den Kundenschutz in erster Linie eine Verbesserung der Transparenz geboten. Dies könnte, sofern das TKG einschlägig ist, durch die Aufnahme einer Verpflichtung zur Aufklärung über die Datennutzung durch die OTT-I-Unternehmen geschehen. Ferner erscheint eine Regelung zur zeitlich befristeten Weiterleitung von E-Mails sinnvoll. Darüber hinausreichende Regelungen außerhalb des (TK-)Datenschutzrechts sind derzeit nicht angezeigt. Missbräuchen kann, soweit nicht bereits das Datenschutzrecht für eine indirekte Abhilfe sorgt, bereits heute auf der Grundlage des AGB-Rechts (§§ 307 ff. BGB) sowie ggf. in Anwendung des Kartellrechts (Konditionenmissbrauch i.S.v. § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV) entgegengetreten und auf diese Weise (z.B. durch das am 02.03.2016 eröffnete Verfahren des Bundeskartellamtes gegen Facebook) Erkenntnisse gesammelt werden.

## **V. Fragen des Datenschutzes**

### **1. Relevanz datenschutzrechtlicher Vorgaben**

Bereits im OTT-Papier 2015 wurde darauf hingewiesen, dass die OTT-I-Anbieter regelmäßig auch durch Auswertungen von Nutzerdaten Geld verdienen. Vor diesem Hintergrund wurde es als zentrale regulatorische Frage identifiziert, inwiefern sie den datenschutzrechtlichen Vorschriften des Telekommunikationsrechts unterfallen bzw. künftig unterfallen sollen. Dass es sich insoweit um eine wichtige Frage handelt, wird durch die weitere Problemanalyse bestätigt. So ist es interessant zu sehen, dass in der rechtswissenschaftlichen Literatur gerade auf die diesbezüglichen Unklarheiten hingewiesen wird und teilweise selbst bei einem engeren Verständnis des Begriffs des Telekommunikationsdienstes im Sinne des TKG dann doch jedenfalls für datenschutzrechtliche Fragen eine entsprechende Anwendung des TKG für angemessen gehalten wird. Das ist nur allzu verständlich, da weder das BDSG noch das TMG auf den Schutz von Telekommunikationsvorgängen ausgerichtet sind.

### **2. Grundrechtliche Mindestanforderungen für klassische TK-Dienste und OTT-I-Dienste**

In der für den TK-Review maßgeblichen unionsrechtlichen Sicht besteht allgemein ein vergleichbarer Ausgleichsbefund: Die „Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG“ (im Folgenden TK-DSRL) sieht spezifische, strengere Vorgaben für die Besonderheiten einer distanzüberwindenden Kommunikation vor, die bislang geltende allgemeine Datenschutzrichtlinie 95/46/EG (im Folgenden DSRL) hingegen nicht. Daran wird sich auch mit der bis 2018 aufgeschobenen Geltung der neuen Datenschutzgrundverordnung (im Folgenden DSGVO) nichts ändern. Die DSGVO wird ab 2018 an die Stelle der DSRL treten, aber keine spezifische Vorgaben für die distanzüberwindende Kommunikation enthalten, auch wenn dies im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses vorgeschlagen worden ist. Insoweit wird vielmehr weiterhin auf die Sondervorschriften in der TK-DSRL verwiesen. Für diese Spezialregelung hat die Kommission nach der Verabschiedung der DSGVO allerdings ebenfalls einen Review-Prozess eröffnet.

Ausgangspunkt jeder „einfachgesetzlichen“ Reform auf unions- bzw. mitgliedstaatlicher Ebene müssen die grundrechtlichen Vorgaben bzw. Mindestanforderungen sein. Angesichts der europarechtlichen Überformung des allgemeinen wie des TK-spezifischen Datenschutzrechts bilden dabei die Unionsgrundrechte der Grundrechte-Charta (GRCh)

sowie die für die datenschutzrechtliche Grundrechtsprechung des EuGH zumindest Leitfunktion übernehmende Rechtsprechung des EGMR zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) den einschlägigen Rahmen. In seiner Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung hat das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus deutlich signalisiert, dass auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. das Fernmeldegeheimnis wichtige Elemente seiner sogenannten Identitätskontrolle gegenüber dem Handeln von Unionsorganen darstellen können, weshalb die nationale Verfassungsordnung ergänzend einzubeziehen ist.

Einschlägig ist zunächst das in Art. 8 GRCh und Art. 16 AEUV verankerte Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten. Dieses Grundrecht findet Anwendung auf jegliche Form der Datenverarbeitung, unabhängig davon, ob diese im Rahmen von klassischen TK-Diensten oder OTT-I-Diensten erfolgt. Differenzierungen sind dem Gesetzgeber nicht von vornherein untersagt, müssen aber mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 20 GRCh vereinbar sein. Wie der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung (Rs. C-131/12, Google Spain, Urt. v. 13.05.2014; C-362/14, Schrems (Facebook), Urt. v. 06.10.2015) sehr deutlich betont hat, kommt das Grundrecht bei einem hinreichenden Unionsbezug auch bei der Regelung privater Datenverarbeitung durch transnationale Internetkonzerne mit Hauptsitz außerhalb der EU zur Anwendung. Dogmatisch gesprochen entfaltet das Grundrecht also mittelbare Drittwirkung und statuiert für den Unionsgesetzgeber Schutzpflichten bei der Gestaltung von Privatrechtsbeziehungen ggf. auch mit Drittstaatsangehörigen. Gegen diese Schutzpflichten wird verstoßen, wenn über eine private Datenverarbeitung keine effektive Datenschutzkontrolle insbesondere durch unabhängige europäische Stellen oder äquivalente Aufsichtsbehörden in Drittländern erfolgt oder wenn für die Betroffenen kein angemessener Rechtsschutz gegen die private Datenverarbeitung gewährleistet wird.

Neben dem Datenschutzgrundrecht ist für einen grundrechtskonformen Rechtsrahmen der OTT-I-Dienste die in Art. 7 GRCh gewährleistete Achtung der Kommunikationsfreiheit – in deutscher Terminologie also die Wahrung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses – als eine spezifische Ausprägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens von besonderer Relevanz. Der EuGH stuft beispielsweise die Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten durch private Unternehmen als, allerdings rechtfertigungsfähigen, Eingriff in Art. 7 GRCh ein. Die Kenntnisnahme des Inhalts elektronischer Kommunikation stuft er als besonders intensiven, d.h. als nur unter qualifizierten Anforderungen rechtfertigungsfähigen Eingriff in die durch Art. 7 GRCh garantierten Grundrechte ein, eine generelle Inhaltskontrolle sogar als Eingriff in dessen Wesensgehalt, ohne dabei von vornherein auszuschließen, dass diese strengen Maßstäbe nicht nur bei einer staatlichen Inhaltskontrolle, sondern eventuell auch bei privaten Überwachungs- und Auswertungsaktivitäten zur Anwendung kommen (Rs. C-293/12 u.a. Digital Rights Ireland u.a., Urt. v. 08.04.2014). Besonders bemerkenswert im vorliegenden Zusammenhang ist, dass der EuGH im Hinblick auf Verkehrsdaten nicht zwischen Daten zur Nutzung des Telefonfestnetzes und des Mobilfunks einerseits sowie Daten über den Internetzugang, Internet-E-Mail- und Internet-Telefonie-Dienste andererseits qualitativ unterscheidet, sondern vielmehr festhält, dass deren übergreifende Vorratsspeicherung „somit für alle elektronischen Kommunikationsmittel [gilt], deren Nutzung stark verbreitet und im täglichen Leben jedes Einzelnen von wachsender Bedeutung ist“ (Rn. 56).

Aus grundrechtlicher Perspektive sind daher regulatorische Klassifizierungen und unterschiedliche Geschäftsmodelle irrelevant, sobald die erfassten Kommunikationsdienste aus Nutzersicht funktionale Äquivalente darstellen und vor allem mit äquivalenten Grundrechtsgefährdungen einhergehen. Daher ist aus dieser Betrachtung heraus tendenziell ein einheitlicher Schutz distanzüberwindender Kommunikation indiziert, ohne dass die Unterscheidung zwischen klassischen Telekommunikationsdiensten und einem OTT-I-Kommunikationsdienst relevant ist. Auch eine (gezielte) Verknüpfung von OTT-I-Diensten mit OTT-II-Diensten in Bündelprodukten würde hieran nichts ändern. Die einzelnen Grundrechtsprobleme würden schlicht differenziert beurteilt. In der Rechtsprechung des EGMR zum Parallelgrundrecht auf Achtung des Privatlebens gemäß Art. 8 EMRK ist eine Schutzpflicht staatlicher Akteure bei der Regelung von Privatrechtsbeziehungen seit langem anerkannt (EGMR, 19.02.2015, appl. No. 53649-09 – Ernst August von Hannover vs Deutschland, NJW 2016, 781 ff.). Der EuGH hat sich hierzu bislang zwar nicht explizit bekannt, lässt in seiner Rechtsprechung aber ähnliche Ansätze implizit erkennen (siehe zuletzt insbesondere C-362/14, Schrems (Facebook), Urt. v. 06.10.2015, Rn. 94 mit Rn. 91-95, 38, 42, 58).

Einen ganz parallelen Ansatz verfolgt das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 10 GG. Denn das Bundesverfassungsgericht fragt funktional lediglich danach, ob eine distanzüberwindende Kommunikation vorliegt, sodass unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine Unterscheidung etwa danach, ob ein Webgestützter E-Mail-Dienst oder ein E-Mail-Transport durch einen „klassischen“ TK-Diensteanbieter vorliegt, kaum relevant sein dürfte. So hat das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss vom 16.06.2009 (2 BvR 902/06) die Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails auf einem Mailserver eines E-Mail-Diensteanbieters am Maßstab des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 Abs. 2 Var. 3 GG geprüft und darauf hingewiesen, dass es gerade um einen Schutz bei derartigen distanzübermittelnden Medien geht. Allein ausschlaggebend bei der Anwendung des Fernmeldegeheimnisses war für das Bundesverfassungsgericht der Umstand, dass sich die E-Mails noch auf dem Server des E-Mail-Providers befanden. Dabei richtet sich der Schutz des Fernmeldegeheimnisses zwar primär gegen Zugriffsinteressen des Staates, aber im Rahmen der hoheitlichen Schutzpflicht muss der Staat auch gegenüber Privaten für eine Wahrung des Fernmeldegeheimnisses sorgen.

Daher spricht auch unter dem Gesichtspunkt einer grundrechtskonformen Interpretation der TK-DSRL bzw. des TKG vieles dafür, keine allzu enge und technische Definition des Begriffs des Telekommunikationsdienstes zugrunde zu legen, sondern auch insoweit funktional danach zu unterscheiden, ob eine distanzüberwindende Kommunikation erfolgt. Allerdings ist einzuräumen, dass eine derartige Abgrenzung, wie bereits eingangs geschildert (siehe II.), deutlich größere Eingrenzungsschwierigkeiten aufwirft als eine Abgrenzung auf der Basis einer technischen Betrachtung.

Im Übrigen ist aus grundrechtlicher Sicht jedenfalls ein einheitlicher Schutzstandard von klassischen Telekommunikationsdiensten und OTT-I-Kommunikationsdiensten indiziert. Dieser Standard kann auch nicht beliebig abgesenkt werden, da es nicht nur um einen Schutz *gegen* den Staat (etwa beim Thema „öffentliche Sicherheit“), sondern auch um einen Schutz *durch* den Staat gegenüber privaten Anbietern von distanzüberwindender Kommunikation geht.

### **3. Unterschiedliche Anforderungen de lege lata: TKG/TK-DSRL vs. TMG/DSRL**

#### *a. Anwendungsbereich von TKG/TK-DSRL und TMG/DSRL*

Die Anwendbarkeit der telekommunikationsrechtlichen Vorschriften im Datenschutzbereich hängt nach dem TKG davon ab, ob „geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste in Telekommunikationsnetzen“ erbracht werden, wie es § 91 Abs. 1 S. 1 TKG formuliert. Dabei ergänzt die Norm insoweit sogar noch: „einschließlich Telekommunikationsnetzen, die Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte unterstützen, erbringen oder an deren Erbringung mitwirken“. Teilweise erfolgt sodann allerdings eine Einschränkung auf *öffentlich zugängliche* Telekommunikationsdienste im Sinne des § 3 Nr. 17a TKG (siehe z.B. in den §§ 99 Abs. 1 S. 8 und Abs. 2 S. 7, 101 Abs. 1 S. 4, 102 Abs. 3 TKG), sodass in Bezug auf nicht der Öffentlichkeit zugängliche Dienste (etwa in geschlossenen Nutzergruppen und selbst bei E-Mail-Diensteangeboten einer Universität an ihre Studierenden) keine entsprechenden Pflichten bestehen. Diese Einschränkung entspricht dem Ansatz in der TK-DSRL, die gemäß ihres Art. 3 für „die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen, einschließlich öffentlicher Kommunikationsnetze, die Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte unterstützen“, gilt. Ein Großteil der Sonderverpflichtungen, aber nicht alle, korrelieren dabei mit entsprechenden Vorgaben in der TK-DSRL. Diese findet grundsätzlich ebenfalls Anwendung „in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation“ und soll einen angemessenen Grundrechtsschutz, aber auch eine freie Zirkulation der Daten innerhalb der EU ermöglichen (Art. 1 Abs. 1). Ausweislich Art. 1 Abs. 2 TK-DSRL verstehen sich die Vorgaben jener Spezialregelung als „Detailierung und Ergänzung“ der allgemeinen DSRL. Sofern demnach kein öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienst im Sinne der TK-DSRL bzw. kein Telekommunikationsdienst im Sinne des TKG vorliegt, greift die allgemeine DSRL (und mit ihrer Anwendbarkeit ab dem 25. Mai 2018 künftig die DSGVO), die in Deutschland durch das TMG bereichsspezifisch deutlich ausgebaut wurde. Im Lichte der Anwendbarkeit der DSGVO wird zu prüfen sein, ob die spezifischen Vorgaben des TMG neben der DSGVO aufrecht erhalten werden können. Hier ist derzeit noch offen, ob dies zulässig (und politisch gewollt) ist.

#### *b. Unterschiedliche Anforderungsprofile im Überblick*

Im Übrigen ist wie folgt zu differenzieren:

Die allgemeinen Pflichten etwa der *Informationsbereitstellung* in § 93 TKG (geht zurück u.a. auf Art. 4 Abs. 2 - 5 und auf Art. 6 Abs. 4 TK-DSRL) und § 13 TMG (vgl. Art. 10 DSRL) sind dem Ansatz nach durchaus vergleichbar, auch wenn die Pflichten des TKG eindeutig schärfer sind. Sie setzen nach § 93 Abs. 1 TKG bereits mit dem Vertragsschluss an und nicht erst wie im TMG mit dem Nutzungsvorgang. Zudem ist auch auf die Wahl- und Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen. Ferner sind in § 93 Abs. 2 TKG Informationspflichten vorgegeben, die so im TMG nicht vorgesehen sind. Allerdings gehen hier die deutschen Vorschriften im TKG auch deutlich über die Vorgaben der TK-DSRL hinaus. Das gilt insbesondere für § 93 Abs. 1 TKG im Vergleich zu Art. 6 Abs. 4 TK-DSRL etwa mit der Hinweispflicht auf Wahl- und Gestaltungsmöglichkeiten.



Geringere Probleme bestehen sodann bei den sogenannten *Bestandsdaten*, also jenen Daten, die im Rahmen der Organisation des Vertragsverhältnisses verarbeitet werden dürfen. Hier findet sich in § 14 TMG dem Grunde nach sogar noch eine vergleichbare Vorschrift zu § 95 TKG, der seinerseits auf Art. 13 TK-DSRL zurückgeht, diesen aber ausdifferenziert. § 14 TMG kennt kein spezifisches Pendant in der allgemeinen DSRL. Auch insoweit handelt es sich um eine bereichsspezifische Konkretisierung.

Besonderen telekommunikationsrechtlichen Schutz genießen sodann die *Verkehrsdaten* in § 96 TKG (entspricht weit gehend Art. 6 TK-DSRL), die im Ansatz ebenfalls in vergleichbarer Form in § 15 TMG als *Nutzungsdaten* geschützt werden, wenn auch bereits mit einer abweichenden und überwiegend geringeren Schutzintensität. So darf der Diensteanbieter nach § 15 Abs. 3 TMG Nutzungsprofile u.a. für Zwecke der Werbung bei Verwendung von Pseudonymen bereits dann verwenden, wenn der Nutzer nicht widerspricht. Es gilt hier also eine sogenannte „Opt-out“-Lösung. Wesentlich strenger verlangt § 96 Abs. 3 TKG dagegen eine Einwilligung des Betroffenen und normiert damit eine „Opt-in“-Lösung. Ferner hat eine Anonymisierung der Angerufenen – statt einer bloßen Pseudonymisierung – zu erfolgen. Für das Marketing sind damit im TK-Bereich deutlich schärfere Grenzen gesetzt. Auch § 15 TMG kennt dabei keine Entsprechung in der allgemeinen DSRL und stellt insoweit eine bereichsspezifische Konkretisierung dar. Ob die „Opt-out“-Lösung künftig vor dem Hintergrund der DSGVO noch Bestand haben wird, ist sehr zweifelhaft, da die Regelung der Einwilligung in Art. 7 und ihre Definition in Art. 4 Nr. 8 angesichts des Erfordernisses einer eindeutigen und unmissverständlichen Einwilligung die Aufrechterhaltung von „Opt-out“-Ansätzen eher in Frage stellt. Insoweit wäre dann ggf. in diesem Punkt künftig eine teilweise Einebnung der Unterschiede zu erwarten.

Kategoriale Unterschiede gibt es sodann in Bezug auf die Klasse der *Standortdaten*, die gerade bei mobiler Kommunikation relevant sind, und im TKG näher geregelt, aber im TMG aufgrund des entsprechenden Zuschnitts des Gesetzes nicht gesondert betrachtet werden. Hier wird dann in der rechtswissenschaftlichen Literatur auch für Dienste, die nicht überwiegend in der Signalübertragung bestehen bzw. nicht als solche qualifiziert werden, vertreten, dass gleichwohl § 98 TKG insoweit als *lex specialis* greift. Das ist allerdings keineswegs gesichert, sodass der Datenschutzstandard hier für Telemediendienste ungeklärt ist. Jedenfalls greifen nach dem TMG keine vergleichsweise strengen zusätzlichen Anforderungen, sondern mit Verkehrsdaten könnte, wenn man nicht auf § 98 TKG zurückgreift, wie mit anderen Nutzungsdaten auch umgegangen werden. Dann greifen etwa die erheblichen Erleichterungen für die Anfertigung von Nutzungsprofilen zu Werbezwecken. Wenn also ein OTT-I-Kommunikationsdiensteanbieter mit Standortdaten, beispielsweise im Rahmen einer „Freunde-finden“-App, arbeitet, bestünden hier erhebliche größere kommerzielle Spielräume für die finanzielle Ausbeutung der Datenbestände, während nach dem TKG höhere Restriktionen (etwa mit Blick auf die Einwilligung) greifen. § 98 TKG korreliert dabei im Übrigen mit Art. 9 TK-DSRL.

Schließlich weist das TKG eine Reihe von Vorgaben auf, die vom Regelungszweck her auf OTT-I-Dienste auf der Basis der bislang üblichen Geschäftsmodelle nicht passen. Das gilt etwa für den Einzelbindungsnachweis nach § 99 TKG, der eine monetäre Entgeltspflichtigkeit des Dienstes (für einzelne Verbindungen) voraussetzt, die gegenwärtig bei den OTT-I-Diensten regelmäßig nicht gegeben ist.

#### 4. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit kann demnach festgehalten werden, dass eine differenzierte Regulierung klassischer Telekommunikationsdienste durch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TKG einerseits und von OTT-I-Diensten durch die entsprechenden Bestimmungen des TMG andererseits, erst Recht aber die differenzierte Anwendung der unionsrechtlichen Vorgaben der TK-DSRL und der allgemeinen DSRL bzw. der künftigen DSGVO kein Level Playing Field gewährleisten. Ein allzu laxer Datenschutzstandard für OTT-I-Kommunikationsdienste ist auch unter grundrechtlichen Gesichtspunkten sehr problematisch, da hier sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch nach der des EuGH ein relativ hoher Mindeststandard zu wahren ist. Dabei wird nach der Schutznotwendigkeit und weniger nach dem Geschäftsmodell des Dienstes oder der technischen Abwicklung differenziert. Aus grundrechtlichen Gründen spricht daher vieles für einen einheitlichen Datenschutzstandard für klassische Telekommunikationsdienste und internetbasierte Kommunikationsdienste (OTT-I-Dienste).

Dies spricht zunächst dafür, im künftigen Recht insoweit einheitliche Regeln vorzusehen. Grundsätzlich passen die telekommunikationsdatenschutzrechtlichen Regeln auch auf OTT-I-Dienste. Gegebenfalls kann in der Konsequenz der telekommunikationsdatenschutzrechtlichen Erfassung dieser Dienste kritisch geprüft werden, ob nicht eine partielle Reduktion jener Vorgaben indiziert ist, wobei insoweit die grundrechtlichen Mindeststandards zu wahren sind. Gerade die datenschutzrechtliche Analyse zeigt aber darüber hinaus, dass gute Gründe dafür sprechen, das geltende Recht so zu interpretieren bzw. den künftigen Rechtsrahmen so auszugestalten, dass einheitliche Vorschriften greifen, da das TMG (und auch die allgemeine DSRL) für distanzüberwindende Kommunikation kaum den grundrechtlich gebotenen Datenschutzstandard gewährleistet.

Im Sinne einer denkbaren Ausdifferenzierung der datenschutzrechtlichen Anforderungen sollte diskutiert werden, ob und in welchem Umfang nicht künftig bei einer transparenten und eindeutigen Information der Nutzer deren Einwilligung in die datentechnische Ausbeutung ihrer Kommunikationsvorgänge durch den Diensteanbieter als zulässige vertragscharakteristische Gegenleistung erteilt werden kann. Diskussionswürdige und -bedürftige Elemente einer verbesserten Transparenz könnten eine sachgerechte periodische Information über die tatsächliche Datenverwendung durch den Diensteanbieter oder eine gehaltvolle Zertifizierung durch unabhängige Dritte darstellen. Vergleichbare Erleichterungen und Pflichten sollten dann aber auch für klassische Telekommunikationsdienste vorgesehen werden. Dadurch wird ihnen – allerdings um den Preis erhöhter Transparenz – das Geschäftsmodell von zahlreichen „OTT-I“-Diensteanbietern explizit eröffnet: Der Kommunikationsdienst des Dienstgebers erfolgt im Austausch gegen die Einwilligung in eine umfassende Verarbeitung der Daten des Dienstenehmers.

Das wirft sodann jedoch komplizierte Fragen der Freiwilligkeit von Einwilligungen bei Diensteanbietern auf, zu deren Angeboten es keine zumutbaren Alternativen gibt bzw. deren Dienstangebote nicht interoperabel sind. So kann eine „WhatsApp“-Nachricht und eine Kommunikation mit „WhatsApp“-Nutzern eben nur erfolgen, wenn der Nutzer selbst die Nutzungsbedingungen von „WhatsApp“ akzeptiert. Ein Gmail-Kunde ist hingegen auch für Kunden eines anderen Webmail-Diensteanbieters erreichbar. In der Folge kann sodann erwogen werden, ob die Freiwilligkeit eher anzunehmen ist, wenn das

OTT-I-Unternehmen auch ein datensparsames kostenpflichtiges Angebot im Portfolio hat. Voraussetzung wäre dann allerdings, dass die Angemessenheit des Entgelts gewährleistet wird.

Es besteht im Übrigen kein Zweifel daran, dass der datenschutzrechtliche Standard gegenüber jedwedem Diensteanbieter, sei er aus dem EU-Inland oder aus dem EU-Ausland, durchgesetzt werden kann und muss. Das entspricht der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates und stellt auch keine unüberwindbaren Anforderungen. Denn es genügt die Durchsetzung gegenüber den Diensten, die auch von den Nutzern in hinreichendem Umfang genutzt werden. Sobald ein Unternehmen aber über große Kundengruppen in einem Staat der EU oder in der EU insgesamt verfügt, ist die Durchsetzung europäischer Datenschutzstandards diesen gegenüber auch möglich. Das entspricht der Rechtsprechungslinie des EuGH in der bereits zitierten jüngeren Judikatur insbesondere im Fall Google-Spain und ist mit der Kodifizierung des Marktortprinzips in der DSGVO künftig expliziter Standard im allgemeinen europäischen Datenschutzrecht.

## **VI. Sicherheitsfragen**

In den letzten Jahren ist die Individual- und Gruppenkommunikation, die durch OTT-I-Dienste ermöglicht wird, rasant gestiegen. Insbesondere die Sicherheitsbehörden haben ein Interesse daran, diese Vorgänge zur Abwehr von Gefahren und zur Aufklärung von Straftaten auszuwerten. Die bestehenden Regelungen orientieren sich am Modell der klassischen Telefonkommunikation. Deshalb ist die Frage bisher noch ungeklärt, ob diese neuartigen Dienste an den Maßstäben des TKG bezüglich der öffentlichen Sicherheit zu messen sind. Der folgende Abschnitt soll die Fragen, wo einheitliche Regelungen sinnvoll sind bzw. eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt scheint, anhand der einzelnen Vorschriften des TKG zur öffentlichen Sicherheit untersuchen. Zudem soll insbesondere aufgezeigt werden, an welcher Stelle der Gesetzgeber *de lege ferenda* ansetzen muss, um Schutzlücken zu schließen. Dies geschieht immer unter der Prämisse der Schaffung eines Level Playing Field. Denn Maßnahmen zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses oder zur Ermöglichung der TK-Überwachung für die Bedarfsträger sind für die betroffenen TK-Unternehmen mit Kosten verbunden. Ungleichbehandlungen können daher schnell zu Wettbewerbsverzerrungen führen.

### **1. Sicherheit der Dienste und Netze**

#### *a. Technische und organisatorische Schutzmaßnahmen*

§ 109 TKG enthält Vorgaben zu technischen Schutzmaßnahmen, die die TK-Diensteanbieter einzuhalten haben. Die Regelung geht auf Art. 4 TK-DSRL zurück, der durch Art. 13a Rahmenrichtlinie ergänzt wird. Die Vorgaben des § 109 TKG betreffen Maßnahmen zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses und gegen die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten. Daneben haben die TK-Diensteanbieter nach § 109 Abs. 2 TKG aber auch Maßnahmen zum Schutz gegen Störungen, die zu erheblichen Beeinträchtigungen von TK-Netzen oder TK-Diensten führen, und zur Beherrschung der Risiken für die Sicherheit von Telekommunikationsnetzen und -diensten zu treffen. Zur Umsetzung dieser Maßnahmen müssen sie ein Sicherheitskonzept erstellen und einen Sicherheitsbeauftragten benennen (§ 109 Abs. 4 TKG).

Diese Vorgaben sind bereichsspezifische Regelungen des TKG. Zwar findet sich eine ähnliche Regelung in § 13 Abs. 7 TMG auch für Telemediendiensteanbieter, die durch das IT-Sicherheitsgesetz in das TMG eingefügt worden ist. Schon vom Schutzzweck der datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG her wird hier aber – anders als beim TKG – nicht auf den Schutz des Fernmeldegeheimnisses abgestellt. Im Mittelpunkt steht hier vielmehr die Abwehr eines Angriffs auf kritische Infrastrukturen und auf den Datenschutz.

Aufgrund der vergleichbaren Gefährdungslage für das Fernmeldegeheimnis bei der Nutzung klassischer Telekommunikationsdienste und OTT-I-Dienste, die wie z.B. WhatsApp oder ähnliche Sprach- und Videotelefoniedienste Echtzeitkommunikation erlauben, lassen sich ähnliche Gefährdungslagen für das Fernmeldegeheimnis feststellen, wie dies bei der herkömmlichen Sprachtelefonie der Fall ist. Das spricht also dafür, diese OTT-I-Services *de lege ferenda* wie TK-Dienste zu behandeln und entsprechend die gesetzlichen Regelungen des TKG auf diese anzuwenden. Dabei darf indes nicht unberücksichtigt bleiben, dass die technischen Systeme der OTT-I-Dienste sich z.T. deutlich von der Architektur der klassischen TK-Dienste unterscheiden können. Deshalb müssen *de lege ferenda* die derzeit bestehenden Sicherheitsanforderungen an die durch OTT-I-Dienste verursachten Herausforderungen für die öffentliche Sicherheit auch in technischer und organisatorischer Hinsicht angepasst werden. Stuft man, wie eingangs diskutiert, einen OTT-I-Dienst schon *de lege lata* als öffentlich zugänglicher TK-Dienst ein, könnten schon jetzt die einschlägigen Schutzmaßnahmen eingefordert werden.

#### *b. Meldung von Datenpannen*

§ 109a TKG sieht eine *Meldepflicht* bei der Bundesnetzagentur im Falle von Datenpannen vor. Bei einer schwerwiegenden Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten hat der TK-Diensteanbieter auch die Betroffenen hiervon unverzüglich zu unterrichten. § 3 Nr. 30a TKG definiert, was unter „Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten“ zu verstehen ist. Demnach handelt es sich hierbei um „eine Verletzung der Datensicherheit, die zum Verlust, zur unrechtmäßigen Löschung, Veränderung, Speicherung, Weitergabe oder sonstigen unrechtmäßigen Verwendung personenbezogener Daten führt, die übertragen, gespeichert oder auf andere Weise im Zusammenhang mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste verarbeitet werden, sowie der unrechtmäßige Zugang zu diesen“. Die Nutzer sollen so die Gelegenheit bekommen, sich auf noch bestehende Gefährdungen angemessen einstellen zu können. Durch die Vorschrift wird Art. 4 Abs. 3, 4 TK-DSRL umgesetzt, der durch Art. 2 der Richtlinie 2009/136/EG abgeändert wurde. Auch hier spricht der Gedanke des Level Playing Field dafür, die Schutzstandards anzugleichen. Mit Art. 31 f. DSGrundVO ist bereits eine diensteübergreifende Meldepflicht bei betroffenen Personen und bei der Aufsichtsbehörde vorgesehen, die aber nicht den derzeitigen strengen Vorgaben des TKG entspricht.

#### *c. Notruf*

Sonderprobleme bereitet die *Notrufverpflichtung* nach § 108 TKG, der auf Art. 26 UDRL zurückgeht. Da die Notrufverpflichtung Kostenimplikationen hat, ist sie auch relevant für die Herstellung fairer Wettbewerbsbedingungen. Adressaten der Vorschrift sind diejenigen, die öffentlich zugängliche TK-Dienste für das Führen von ausgehenden Inlandsgesprächen zu einer oder mehreren Nummern des nationalen Telefonnummernplans bereitstellen. Der Wortlaut der Vorschrift knüpft damit an der „klassischen“ Rufnummer

an und und gilt insoweit für die herkömmlichen Telefoniedienste und z.B. Skype-Out. Dagegen werden ausschließlich über das Internet erbrachte Telefonie-Dienste, bei denen die Nutzer an Computern oder Tablets miteinander kommunizieren und hierüber einen Notruf absetzen müssten, von der Vorschrift nicht erfasst. Dies gilt erst recht für neuartigere Dienste, die z.B. neben einer Messaging-Funktion auch eine Telefonie-Funktion beinhalten, wobei diese sich auch nur auf Teilnehmer auf der gleichen Plattform erstreckt. De lege ferenda ist zu klären, ob und ggf. wie der Notruf auch auf diese Dienste erstreckt werden soll, wobei dabei auch die Frage nach den Funktionalitäten und die Unterstützung Sprech- oder Hörbehinderter eine Rolle spielen wird. Heute gibt es bereits technische Lösungsansätze, die es dem VoIP-Anbieter erlauben, über den ISP/IAP vom Netzzugangsanbieter den aktuellen Standort eines Notrufenden zu ermitteln. Dem Problem, dass unnötigerweise Standortinformationen abgefragt werden, kann man begegnen, indem dem VoIP-Anbieter auf seine Frage hin nur die örtlich zuständige Notrufabfragestelle und eine nur kurzzeitig gültige Referenz mitgeteilt wird. Die Abfragestelle kann anhand der Referenz den genauen Standort beim Netzzugangsanbieter abfragen. Die Einführung von Notruffunktionen bei OTT-I-Diensten hängt allerdings auch von der Bereitschaft der Notrufabfragekräfte ab, nicht-sprachliche Kommunikationsformen zu unterstützen. Textkommunikation nimmt mehr Zeit in Anspruch als Sprachkommunikation und kann auch Hintergrundgeräusche oder den Erregungszustand des Notrufenden nicht sicher übertragen. Schließlich stellen sich Fragen zur Zuverlässigkeit, Verfügbarkeit und Echtzeitfähigkeit des Dienstes sowie zur Haftung auf Seiten des Empfängers einer Notfallnachricht.

## **2. Staatliche Überwachungsmaßnahmen und Auskunftersuchen von Sicherheitsbehörden**

Weitgehend von einer europäischen Harmonisierung ausgenommen sind Vorgaben, die der öffentlichen Sicherheit wie z.B. der Verfolgung von Straftaten dienen (vgl. Art. 15 TK-DSRL). In der Bundesrepublik sind nach dem sog. Doppeltür-Modell des Bundesverfassungsgerichts die Rechtsgrundlagen für die Übermittlung von Bestandsdaten im TKG und die für die Datenabfrage in den Fachgesetzen, etwa der Strafprozessordnung, zu finden. In anderen Ländern werden oft beide Vorgänge in den Sicherheitsgesetzen geregelt.

### *a. Vorgaben für die technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen*

Nach § 110 TKG muss ein Betreiber einer TK-Anlage, mit der öffentlich zugängliche TK-Dienste erbracht werden, auf eigene Kosten technische Einrichtungen zur Überwachung des Telekommunikationsverkehrs vorhalten. Möglich ist etwa die Bereitstellung einer entsprechenden Hard- und Software. Die grundlegenden technischen Anforderungen ergeben sich hierfür im Einzelnen aus der Telekommunikations-Überwachungsverordnung. Sie sind auf die herkömmlichen TK-Dienste zugeschnitten. § 110 TKG dient dazu, den Sicherheitsbehörden Zugriff zu den Inhalten einer Echtzeitkommunikation wie z.B. eines Telefongesprächs oder einer Videokonferenz zu ermöglichen. Überwachungsmaßnahmen dieser Art dürfen nach § 100a StPO nur bei Vorliegen schwerer Straftaten und durch einen Richter angeordnet werden.

Gegenwärtig wird im In- und Ausland intensiv darüber diskutiert, ob diese Vorgaben auf OTT-I-Diensteanbieter, die ebenfalls Echtzeitkommunikation wie Sprach- und Videotele-

fonie oder Messaging-Dienste ermöglichen, ausgedehnt werden sollen. Zwar können die Sicherheitsbehörden Zugriff auf die entsprechenden Datenpakete über den jeweils eingeschalteten Access-Provider als TK-Anlagenbetreiber erhalten. Dies hilft aber oft kaum weiter, weil die Online-Kommunikation wie bei Skype oder WhatsApp verschlüsselt erfolgt. Die Möglichkeit, durch das Aufspielen einer Software auf dem Endgerät (sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung) an die gewünschten Kommunikationsinhalte zu gelangen, ist sehr aufwendig und häufig gar nicht durchführbar. Eine Beschlagnahme von Servern und Endgeräten kann sich demgegenüber von vornherein nur auf retrograde Vorgänge beziehen. In vielen Fällen scheitert zudem auch diese, wenn sich die Server im Ausland befinden. Weitere Hindernisse ergeben sich, wenn die private PIN-Nummer des Mobiltelefons wie im Falle des iPhones des mutmaßlichen Attentäters von San Bernardino nur unter hohem Aufwand von den Sicherheitsbehörden entschlüsselt werden kann. Insofern lassen sich schon rein faktische Schutzlücken feststellen, die zu einer Ungleichbehandlung von TK-Diensten und OTT-Diensten führen. Will man de lege ferenda § 110 TKG auf OTT-I-Dienste wie z.B. Messaging-Dienste anwenden, gilt es, die einschlägigen Technischen Richtlinien der Bundesnetzagentur aufgrund der TKÜV hieran anzupassen.

Aus Sicherheitskreisen wird zudem gefordert, dass Anbieter von WhatsApp, Skype und ähnlichen Angeboten den Behörden auf der Diensteebene wirkungsvolle Entschlüsselungsmechanismen zur Verfügung stellen sollen wie in § 8 Abs. 3 TKÜV vorgesehen. Andererseits ist es erklärtes Ziel der Bundesregierung, die freie Verfügbarkeit von Verschlüsselungsprodukten gerade nicht einzuschränken. Dies soll die Entwicklung deutscher IT-Sicherheitstechnologie fördern und dabei helfen, die in jüngster Zeit stark zugenommenen Hackerangriffe abzuwehren. Auch gibt es immer wieder Vorschläge, die Speicherung und Abwicklung von OTT-I-Diensten in Rechenzentren vorzuschreiben, die in Europa ihren Standort haben. Auf diese Weise würde ein Vollzug nationalen und europäischen Rechts erheblich erleichtert werden. Einen rechtspolitischen Konsens über die Einführung solcher und ähnlicher Maßnahmen gibt es derzeit jedoch nicht.

#### *b. Auskunftsverfahren im Hinblick auf Bestandsdaten*

Wer nach § 111 Abs. 1 Satz 1 TKG geschäftsmäßig TK-Dienste erbringt und dabei Rufnummern oder andere Anschlusskennungen vergibt, hat Bestandsdaten zu erheben und zu speichern und diese ggf. den Sicherheitsbehörden zur Verfügung zu stellen. Unter den Voraussetzungen des § 111 Abs. 1 Satz 3 TKG gilt die Verpflichtung zur Speicherung betrieblich erhobener Daten (nicht zur Erhebung) auch für die Anbieter elektronischer Post. Nach Auffassung des VG Köln vom 11.11.2015 ist der Dienst Gmail ein Telekommunikationsdienst und damit wohl ein E-Mail-Dienst im Sinne des TKG. Für andere OTT-I-Dienste ist maßgeblich, dass der Anbieter einem Teilnehmer (Kunden) eine feste Anschlusskennung vergibt. Der Begriff der Anschlusskennung ist nicht legaldefiniert. Aus der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss BT-Drs. 16/6979, 46.) vom 07.11.2007 ergibt sich, dass jedenfalls dynamische IP-Adressen nicht hierunter fallen sollen. Um hier Klarheit zu schaffen, sollte de lege ferenda eine Legaldefinition aufgenommen werden.

### *c. Vorratsdatenspeicherung*

Mit den §§ 113a bis 113g TKG unternimmt die Bundesrepublik einen erneuten Vorstoß, die Vorratsdatenspeicherung einzuführen. Im Vordergrund steht der gesetzgeberische Zweck, eine effektive Strafverfolgung zu ermöglichen. Eine europarechtliche Pflicht zur gesetzlichen Einführung einer Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung gibt es derzeit nicht.

Verpflichtete sind nach § 113a Abs. 1 Satz 1 TKG alle Erbringer öffentlich zugänglicher TK-Dienste für Endnutzer. Die Speicherpflicht umfasst nicht nur herkömmliche Rufnummern und den Beginn sowie das Ende der Verbindung, sondern im Fall von Internet-Telefondiensten auch die Internetprotokoll-Adresse des anrufenden und des angerufenen Anschlusses. Entsprechendes gilt bei der Übermittlung einer Kurz-, Multimedia- oder ähnlichen Nachricht. Für Verbindungsdaten gilt eine Speicherpflicht von zehn Wochen. Für Standortdaten sind es vier Wochen.

De lege lata unterliegen OTT-I-Dienste in der Regel nicht den engen Bestimmungen des TKG zur Speicherung und insbesondere zur Löschung von Verkehrsdaten gemäß den §§ 113a ff. TKG. In der Praxis speichern OTT-I-Dienste daher in vielen Fällen die bei ihnen anfallenden Daten freiwillig (etwa aufgrund der Einwilligung des Nutzers) über einen längeren Zeitraum, als es die Speicherpflichten für Verkehrsdaten nach § 113b TKG vorsehen. Soweit der Anwendungsbereich der Vorratsdatenspeicherung de lege ferenda auf OTT-I-Diensteanbieter ausgedehnt wird, würde für die in § 113b TKG genannten Verkehrsdaten eine einheitliche Frist gelten, für die sie gespeichert werden müssen. Dies hätte einerseits den Vorteil, dass die Sicherheitsbehörden darauf vertrauen können, dass diese Verkehrsdaten in diesem Zeitraum bei den Diensteanbringern vorliegen. Andererseits würde dies aber auch bedeuten, dass diese Daten nach Ablauf der Speicherfrist bei den Diensteanbringern aus den Vorratsdatenspeicherungssystemen gelöscht werden müssen. Sofern im Übrigen kein anderer gesetzlicher Erlaubnistatbestand zur Speicherung und Verwendung der Verkehrsdaten nach dem TKG bestünde, wären die Daten aus sämtlichen Systemen des Diensteanbringers zu löschen.

### **3. Zwischenfazit**

Um bestehende Lücken beim Schutz der öffentlichen Sicherheit und der Herstellung eines Level Playing Field zu schließen, sind de lege ferenda eine Reihe von Klarstellungen vorzunehmen. Der Begriff der „Anschlusskennung“ i.S.v. § 111 TKG ist zu definieren. Die Sicherheitsanforderungen nach § 109 TKG sind auf die von den OTT-I-Diensten ausgehenden Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit einzustellen. Über Grundsatzfragen muss im Hinblick auf die TK-Überwachung befunden werden. Hier stellt sich u.a. die Frage nach dem Einsatz von Verschlüsselungsmechanismen oder nach den Zugriffsmöglichkeiten auf ausländische Server, die OTT-I-Dienste verarbeiten.

## **VII. Empfehlungen zur Weiterentwicklung des Rechtsrahmens und der regulatorischen Praxis**

Das Recht der Telekommunikation muss auf neue Herausforderungen des Internet eingestellt werden. Ein wichtiges Ziel ist hierbei, für faire Wettbewerbsbedingungen zwi-

schen OTT-I- und Telekommunikationsdiensten zu sorgen. Eine Überarbeitung des bestehenden Rechtsrahmens sollte sich an den folgenden grundsätzlichen Überlegungen orientieren:

- Zunächst ist eine Aktualisierung des Begriffs der Telekommunikationsdienste erforderlich, wobei künftig insbesondere nicht mehr ausschließlich auf das Tatbestandsmerkmal der Signalübertragung abzustellen ist, sondern stärker auf entsprechende Funktionalitäten. Daher empfehlen wir, bestimmte Dienstekategorien (wie Telefonie, Web-Maildienste etc.) soweit sinnvoll und möglich homogen zu regulieren, unabhängig von den technischen Besonderheiten.
- Jede Ausweitung der Regulierung muss jedoch einhergehen mit einer Überprüfung, ob die Rechtsfolgen bei einer Einstufung von OTT-I-Diensten sachgerecht sind. Diese Prüfung hat spezifisch für jedes einzelne Regulierungsinstrument zu erfolgen.
- Bevor eine Ausweitung der Regulierung auf OTT-I-Dienste erwogen wird, ist zunächst zu prüfen, ob der erhöhte Wettbewerb durch OTT-I-Dienste nicht umgekehrt eine Deregulierung der klassischen Telekommunikationsdienste ermöglicht oder gar gebietet. Wird diese Frage für eine konkrete Bestimmung verneint und ein fortwährender Regulierungsbedarf festgestellt, ist prinzipiell eine regulatorische Erfassung der OTT-I-Dienste indiziert. Je nach Interpretation des geltenden Rechts und seines Anwendungsbereichs stellt dies eine Klarstellung oder eine Erweiterung dar. Angesichts der Dynamik der Entwicklung wird de lege ferenda die Schaffung einer eigenständigen Regulierungskategorie der OTT-I-Dienste nicht empfohlen, da dies wiederum neue Abgrenzungsprobleme schafft und die Unterschiede zwischen „klassischen“ Telekommunikationsdiensten und OTT-I-Diensten nicht hinreichend groß sind. Die notwendige Differenzierung zwischen klassischen Telekommunikationsdiensten und OTT-I-Diensten kann vielmehr im Rahmen der Anwendung jener Regulierungsinstrumente hergestellt werden. Ggf. sind insoweit Präzisierungen der jeweiligen tatbestandlichen Anforderungen der Dienste erforderlich.
- Insgesamt ist eine weitere Flexibilisierung der Rechtsfolgen zu empfehlen. Dies sollte in einem Zug mit der Überprüfung erfolgen, ob die heutigen Regulierungsvorgaben für klassische Telekommunikationsdienste – gerade auch vor dem Hintergrund des Aufkommens von OTT-I-Diensten – überhaupt noch sinnvoll sind. Auch das ist für jedes einzelne Instrument – wie etwa die verpflichtende Notrufmöglichkeit – gesondert zu beantworten. Umgekehrt wird jeweils zu prüfen sein, inwiefern Ergänzungen nötig sind. Auch wäre zu klären, ob insoweit eine symmetrische oder von einer bestimmten Marktmacht abhängige asymmetrische Regulierung indiziert ist.

Im Einzelnen sieht der WAR den folgenden Reformbedarf, der mit Blick auf die Schaffung eines Level Playing Field in der EU gerade beim anstehenden Review des Telekommunikationspakets zu berücksichtigen ist:

- Die wettbewerbsintensivierenden Effekte neuer OTT-I-Kommunikationsdienste führen ggf. zu sinkenden Preisen und reduzieren tendenziell die etwaige Notwendigkeit einer Regulierung klassischer Telekommunikationsdienste.
- Weder die Art der Signalübertragung noch das spezifische Geschäftsmodell allein sollten eine unterschiedliche Marktregulierung begründen. Diese sollte sich viel-



mehr auf die Marktabgrenzung aus Nutzersicht stützen und die festgestellte Marktmacht.

- Aktuell unterliegen auch die klassischen Kommunikationsdienste, zu welchen neue OTT-I-Kommunikationsdienste in Konkurrenz treten, zumindest in Deutschland keiner marktmachtabhängigen Regulierung.
- Einer marktmachtabhängigen Regulierung unterliegen vor allem Vorleistungs- und Terminierungsprodukte. Gerade bei der Terminierung mag sich ggf. sogar ein Deregulierungspotenzial ergeben, solange ein wettbewerblicher Zugang zum Internet und damit zu OTT-I-Diensten sichergestellt ist. Pauschal ist dies jedoch nicht zu beurteilen, vielmehr hängt dies immer vom Einzelfall ab, für dessen Beurteilung eben das tatsächliche Substitutionsverhalten der Nutzer zentral ist.
- Auch bei der Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen sollte eine behutsame Vorgehensweise gewählt werden. Aktuell ist die Notwendigkeit einer regulatorischen Verpflichtung zur Zusammenschaltung bzw. Interoperabilität von OTT-I-Diensten nicht gegeben.
- Unabhängig davon ist die Schaffung bzw. Präzisierung der Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung von Marktdaten im Hinblick auf OTT-I-Dienste sinnvoll.
- Der Kundenschutz in den §§ 43a ff. TKG ist für die OTT-I-Anbieter im Vergleich zu klassischen TK-Diensten regelmäßig weniger relevant. Diese Regelungen sind erkennbar auf klassische, auf der Bereitstellung eines Netzanschlusses basierende TK-Dienste ausgerichtet. OTT-I-Dienste werden, anders als klassische TK-Dienste, nicht über eigenständige physische Anschlüsse, sondern über das Internet erbracht. Sie sind in der Regel nicht exklusiv (ein Multi-Homing ist in der Regel mit geringem Aufwand möglich und weit verbreitet) und eine Portabilität von funktional mit Rufnummern vergleichbaren Identifizierungsmerkmalen (z.B. E-Mail-Adressen oder Nutzernamen) ist regelmäßig nicht möglich bzw. nicht erforderlich. Allerdings erscheint eine Regelung zur zeitweisen Weiterleitung von E-Mails an die neue Adresse sinnvoll, wenn die alte Adresse mit einem Anbieterwechsel verloren geht. Soweit sich die Kundenschutzregelungen des TKG auf Entgelte beziehen, kommt eine direkte Anwendung auf OTT-I-Dienste schon deshalb nicht in Betracht, weil diese regelmäßig nicht gegen Geld, sondern gegen Daten/Aufmerksamkeit erbracht werden. Zwar wirft dies die Frage auf, ob funktional den §§ 45e ff. TKG entsprechende datenbezogene Regelungen (z.B. zur Verhinderung einer Ausbeutung der Kunden) erforderlich sind. Doch sind die Fragen der „Datenökonomie“ primär Fragen des allgemeinen bzw. des besonderen TK-Datenschutzrechts. Insoweit erscheint de lege ferenda eine Ausweitung der Transparenzregelungen bedenkenswert, aufgrund derer die Nutzer über die Verwendung ihrer Daten informiert werden müssen.
- Der datenschutzrechtliche Standard des TMG und erst recht der allgemeinen Datenschutzrichtlinie ist deutlich niedriger als der Standard im TKG und in der TK-DSRL. Sollten beide Regime auf distanzüberwindende Kommunikationsdienste (OTT-I-Kommunikationsdienste hier, klassische Telekommunikationsdienste dort) angewandt werden, bestünde kein Level Playing Field. Aus grundrechtlichen Gründen spricht vieles für einen einheitlichen Datenschutzstandard für klassische Telekommunikationsdienste und internetbasierte Kommunikationsdienste (OTT-I-Dienste). Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der des EuGH greift für Kommunikationsdienste ein relativ hoher

Mindeststandard, der nach der Schutznotwendigkeit und weniger nach dem Geschäftsmodell des Dienstes oder der technischen Abwicklung differenziert. Das TMG und auch die allgemeine DSRL gewährleisten für distanzüberwindende Kommunikation kaum den grundrechtlich gebotenen Datenschutzstandard. Im Sinne einer denkbaren Ausdifferenzierung der datenschutzrechtlichen Anforderungen sollte diskutiert werden, ob und in welchem Umfang künftig bei einer transparenten und eindeutigen Informationsbasis eine Einwilligung des Nutzers mit der datentechnischen Ausbeutung der Kommunikationsvorgänge durch den Diensteanbieter angenommen werden kann. Die datenschutzrechtlichen Standards können und müssen gegenüber jedwedem Diensteanbieter, sei er aus dem EU-Inland oder aus dem EU-Ausland, durchgesetzt werden.

- Die Vorschriften über den Schutz der öffentlichen Sicherheit in den §§ 108 ff. TKG orientieren sich an den Bedingungen der klassischen Telekommunikation. Im Unterschied zu den Regelungen in den anderen Teilen des TKG sind sie jedoch kaum europarechtlich vorgeprägt. Daher ergeben sich für den nationalen Gesetzgeber vergleichsweise weite Handlungsspielräume. Rechtspolitischer Handlungsbedarf besteht bei Detailfragen. Eine definitorische Klärung sollte im Hinblick auf das Merkmal der Anschlusskennung i.S.v. § 111 TKG erfolgen. Die Sicherheitsanforderungen nach § 109 TKG sollten auf die Eigenarten von OTT-I-Diensten abgestimmt werden. Heftig umstritten sind traditionell die Vorschriften über die Überwachung des Kommunikationsverkehrs. Schutzlücken bei der Überwachung von Echtzeitkommunikation resultieren aus dem Einsatz von Verschlüsselungstechnik. Ein weiteres Hindernis für den Zugriff der Sicherheitsbehörden liegt darin begründet, dass sich die gewünschten Informationen oft auf ausländischen Servern der OTT-I-Anbieter befinden. Inwiefern hier Abhilfe geschaffen werden soll, bedarf einer rechtspolitischen Grundsatzentscheidung. Diese wird maßgeblich auf sicherheitspolitischen Erfordernissen und verfassungsrechtlichen Wertungen beruhen, weshalb der auf Regulierungsfragen fokussierte WAR hierzu keine Stellung nimmt. Aus regulierungsrechtlicher Perspektive diskussionsbedürftig ist allerdings, ob sich OTT-I-Anbieter an den Kosten der Überwachung von OTT-I-Diensten beteiligen sollten, die bei den herkömmlichen TK-Anbietern anfallen. Weiteren Handlungsbedarf gibt es bei der Notrufverpflichtung nach § 108 TKG. Hier ist aufzuklären, ob die Notdienstträger de lege ferenda einen Bedarf für die Ausweitung der Regelung sehen und welche der technischen Lösungsmöglichkeiten zu welchen Kosten zu präferieren ist.

***Bernd Holznagel (Vorsitzender), Frank Brettschneider, Torsten J. Gerpott, Justus Haucap, Iris Henseler-Unger, Torsten Körber, Jürgen Kühling, Claudia Loebbecke, Albert Moser, Klaus Möller, Franz Jürgen Säcker, Jens-Peter Schneider***